

**ARCHIVES HISTORIQUES
DE LA COMMISSION EUROPEENNE**



BAC 42/1988

N° 1283

1970

Disclaimer

- In accordance with Council Regulation (EEC, Euratom) No 354/83 of 1 February 1983 concerning the opening to the public of the historical archives of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community (OJ L 43, 15.2.1983, p. 1), as amended by Regulation (EC, Euratom) No 1700/2003 of 22 September 2003 (OJ L 243, 27.9.2003, p. 1), this file is open to the public. Where necessary, classified documents in this file have been declassified in conformity with Article 5 of the aforementioned regulation.
- Conformément au règlement (CEE, Euratom) n° 354/83 du Conseil du 1er février 1983 concernant l'ouverture au public des archives historiques de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO L 43 du 15.2.1983, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE, Euratom) n° 1700/2003 du 22 septembre 2003 (JO L 243 du 27.9.2003, p. 1), ce dossier est ouvert au public. Le cas échéant, les documents classifiés présents dans ce dossier ont été déclassifiés conformément à l'article 5 dudit règlement.
- In Übereinstimmung mit der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 354/83 des Rates vom 1. Februar 1983 über die Freigabe der historischen Archive der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. L 43 vom 15.2.1983, S. 1), geändert durch die Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1700/2003 vom 22. September 2003 (ABl. L 243 vom 27.9.2003, S. 1), ist diese Datei der Öffentlichkeit zugänglich. Soweit erforderlich, wurden die Verschlussachen in dieser Datei in Übereinstimmung mit Artikel 5 der genannten Verordnung freigegeben.

KOMMISSION
DER
EUROPAEISCHEN GEMEINSCHAFTEN

15.524/XIV/70-D
Orig. D

Generaldirektion Binnenmarkt
und Rechtsangleichung
Direktion Banken, Versicherungen,
Gesellschaftsrecht
XIV/C-3

Verbundene Gesellschaften
(Sociétés liées, Groupes de Sociétés)

Arbeitsdokument

von

Professor Dr. Hans Würdinger,
Sonderberater der Kommission

Abkürzungen:

AktG	= Deutschland	: Aktiengesetz 1965
Av.pro.	= Belgien	: Avant-projet de loi sur les sociétés anonymes
CC	= Italien	: Codice Civile
CdC	= Belgien	: Code de commerce
Décr	= Frankreich	: Décret Nr. 67-236 sur les sociétés commerciales
Dis	= Italien	: Schema di disegno di legge concernante la riforma della disciplina delle società commerciali 1967
Europ.Ges.	= Doc. 16 205/IV/66	: Vorentwurf eines Statuts für eine europäische Aktiengesellschaft
GmbH-Ges.	= Deutschland	: Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1969)
Loi	= Frankreich	: Loi Nr. 66-537 sur les sociétés commerciales (mit Änderungen durch Loi 67/16; 67/559; 67/563)
Lux	= Luxemburg	: Gesetz vom 10. August 1915 betr. die Handelsgesellschaften
WvK	= Niederlande	: Wetboek van Koophandel

DISPOSITION

	<u>Seite</u>
<u>Vorbemerkung</u>	
I. Die Aufgabe	2
II. Überblick über die nationalen Rechte	5
<u>I. Teil</u>	
- A -	
<u>Die Beteiligung im allgemeinen</u>	
I. Publizität	8
II. Definitionen herrschendes und abhängiges Unternehmen	12
- B -	
<u>Eine AG beherrscht ein anderes Unternehmen</u>	17
- C -	
<u>Die wechselseitige Beteiligung</u>	22
<u>II. Teil</u>	
- A -	
<u>Konzern, Groupe de Sociétés</u>	
I. Die Besonderheiten des Konzerns	29
II. Die legislatorischen Probleme	30
III. Lösungsmöglichkeiten	40
- B -	
<u>Unternehmensverträge</u>	47

Vorbemerkung

- I -

Die Aufgabe

1. a) Die Aktiengesellschaft ist in den Rechten der Mitgliedstaaten als eine rechtlich und wirtschaftlich selbständige Einheit geregelt. Die Organe derselben sind im Bereich ihrer Zuständigkeiten zu freier und unabhängiger Entscheidung berufen. Durch die korporative Verfassung der Gesellschaft und durch die Verteilung der Zuständigkeiten unter den Organen in ausgewogenem Verhältnis der Kräfte wird zugleich ein wesentlicher Schutz der Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft bewirkt.

b) In allen Mitgliedstaaten hat die wirtschaftliche Entwicklung zu Gruppierungen von Gesellschaften geführt, welche die Selbständigkeit der AG und die Unabhängigkeit ihrer Organe mehr oder weniger beeinträchtigen.

Soweit hierbei ein Mindestmaß an Selbständigkeit der Gesellschaft und der Wirksamkeit ihrer korporativen Organisation erhalten bleibt, wird auch der darin enthaltene Schutz der Gesellschafter und Dritter nicht entkräftet.

Anders ist es, wenn durch die Art der Gruppierung die Funktionen der korporativen Organisation gestört werden. Solche Störungen treten hauptsächlich bei Gruppierungen ein, bei denen die Unternehmen im Verhältnis von Über- und Unterordnung, von Herrschaft und Abhängigkeit zueinander stehen.

Beherrscht eine AG ein anderes Unternehmen, dann eröffnet sich für sie die Möglichkeit zu mißbräuchlichen Manipulationen verschiedener Art.

Bei Beherrschung einer AG durch ein anderes Unternehmen kann dessen Herrschaftsmacht soweit gehen, daß die abhängige Gesellschaft zu einem willenlosen Werkzeug des sie beherrschenden Unternehmens wird. Alsdann sind jene Grundsätze, welche das Kräfteverhältnis der Gesellschaftsorgane untereinander regeln, faktisch außer Kraft gesetzt. Die Organe der Gesellschaft hören auf in solcher Weise zu funktionieren, wie es

der gesetzlichen Regelung entspricht. Damit ist zugleich der in der korporativen Organisation der Gesellschaft enthaltene Schutz der Gesellschafter illusorisch geworden.

- c) An einer Gruppierung von Gesellschaften können Unternehmen verschiedener Rechtsform beteiligt sein. Die mit dem Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis verbundenen Gefahren betreffen in erster Linie die AG.

Probleme ähnlicher Art ergeben sich auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, weshalb der kürzlich in Deutschland veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung in seinem Zweiten Buch über "Verbundene Unternehmen" eine weitgehend dem AktG angegliche Regelung derselben gebracht hat.

2. Die mit verbundenen Gesellschaften zusammenhängenden Probleme sind mannigfacher Art.

- a) Sie betreffen zunächst die Publizität. An einer Information über das Vorliegen einer größeren Beteiligung sind nicht nur die Gesellschafter der sich beteiligenden Gesellschaft interessiert, sondern wegen der sich anbahnenden Einflußnahme des sich beteiligenden Unternehmens auch die Aktionäre jener Gesellschaft, an welcher die Beteiligung besteht. Ein Informationsbedürfnis der Gesellschafter ist, soweit nicht begründete Interessen der Gesellschaften entgegenstehen, auch in Bezug auf die Geschäftsverbindungen anzuerkennen.

Diese Fragen sind im I. Teil sub. A I (S. 8 ff.) behandelt.

- b) Beherrscht eine AG ein anderes Unternehmen, dann eröffnet sich der Verwaltung der herrschenden AG die Möglichkeit zu mißbräuchlichen Manipulationen, denen das Gesetz entgegenzutreten hat. -

Einen Sonderfall solcher Art stellt die "wechselseitige Beteiligung" dar.

Die hierauf bezogenen Vorschläge sind im I. Teil sub B (S.17 ff.) und C (S.22 ff.) enthalten.

- c) Das Zentralproblem der verbundenen Gesellschaften betrifft den umgekehrten Tatbestand: Ein anderes Unternehmen beherrscht eine oder mehrere Aktiengesellschaften. Wenn das herrschende Unternehmen auf Grund seiner ihm zustehenden Macht die abhängige Gesellschaft seiner Leitung unterwirft, liegt ein Konzern vor.
- aa) Das herrschende Unternehmen ist in der Lage seine Macht in einer die beherrschte Gesellschaft und deren Gläubiger schädigenden Weise auszuüben. Da das herrschende Unternehmen nicht Organ der abhängigen Gesellschaft ist, unterliegt es keiner aus dem Aktienrecht sich ergebenden Verantwortlichkeit.
- bb) Andererseits besteht das Bedürfnis die Unterwerfung der abhängigen Gesellschaften unter die Leitung des herrschenden Unternehmens solchermaßen zu legalisieren, daß das herrschende Unternehmen berechtigt ist, die abhängigen Gesellschaften sich dienstbar zu machen, auch wenn es mit Nachteilen für sie verbunden ist.
- cc) Es ist daher eine Regelung erforderlich, welche dem herrschenden Unternehmen die Zusammenfassung der von ihm abhängigen Gesellschaften unter seiner einheitlichen Leitung gestattet, welche andererseits aber gewährleistet, daß die außenstehenden Gesellschafter und die Gläubiger der abhängigen Gesellschaften von Benachteiligungen ihrer Gesellschaft nicht betroffen werden. Dieses Problem ist im II. Teil (S. 29) erörtert.

3. Die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes hat auch das Bedürfnis nach Kooperation von Unternehmungen über die nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg, jedoch auf paritätischer Grundlage hervortreten lassen. Auch unter diesem Aspekt empfiehlt sich eine Rechtsangleichung zwecks Beseitigung von Hindernissen, welche bisher eine solche Kooperation erschweren. Diese Aufgabe soll einem späteren Dokument vorbehalten bleiben.

- II -

Überblick über die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten

1. Das niederländische Recht kennt nur eine einzige Vorschrift, welche bei publizitätspflichtigen Gesellschaften die Offenlegung von Beteiligungen an anderen Unternehmen und die Forderungen gegen solche Unternehmen in der Bilanz vorschreibt (Art. 42 al. 3 lit. b WvK). Konzerne und andere Beteiligungsverhältnisse unterliegen jedoch steuerrechtlich einer besonderen Behandlung, indem Tochtergesellschaften, welche sich ganz im Besitz der Muttergesellschaft befinden, steuerrechtlich als ein einziges Unternehmen (sog. "fiscale fusie") behandelt werden. Trotz Fehlen gesetzlicher Vorschriften ist es in der Praxis üblich geworden, neben dem Jahresabschluß der Muttergesellschaft eine konsolidierte Bilanz zu veröffentlichen, in welche die Bilanzen der Tochtergesellschaften einbezogen werden.
2. Das luxemburgische Recht kennt besondere Vorschriften für die holding companies. Holding company ist eine Gesellschaft, welche ausschließlich Beteiligungen an anderen Gesellschaften besitzt und diese Beteiligungen verwaltet, so daß die Holdinggesellschaft nicht direkt aktiv erwerbstätig ist und auch kein dem Publikum zugängliches Handelsgewerbe betreibt. Die Holdinggesellschaft ist steuerlich begünstigt.

3. Die französische Loi enthält in Kapitel VI, Section 2, unter der Überschrift "filiales et participations" in den Art. 354, 355 Definitionen der Begriffe "filiale" und "participation". Mit ihnen verbinden sich rechtliche Konsequenzen verschiedener Art. So ist gemäß Art. 356 al. 1 den Gesellschaftern zu berichten, wenn die Gesellschaft im Laufe des vergangenen Geschäftsjahres eine participation oder die Mehrheit des Kapitals einer anderen Gesellschaft erworben hat, und nach Art. 356 al. 2 ist, nach Geschäftszweigen geordnet, auch über den Geschäftsbetrieb der filiale und über das Ergebnis derselben zu berichten.

Nach Loi Art. 357, Décr Art. 247, 248 hat jede Gesellschaft, welche filiales oder participations besitzt, ihrer Bilanz ein tableau beizufügen, welches die Situation dieser filiales oder participations ersichtlich macht; siehe auch Décr Art. 294 no. 1 i.V. mit Décr Art 295 al. 2 über die Bilanz.

Nach Loi Art. 220 sind Mitglieder des directoire oder des Aufsichtsrats einer filiale inhabile commissaires aux comptes für die Gesellschaft.

In Loi Art. 358, 359, Décr Art. 249 bis 251 ist sodann die participation réciproque geregelt.

Eine Regelung der Konzerne (groupes) enthält der von dem Deputierten, Herrn Cousté, eingebrachte Entwurf eines Gesetzes sur les groupes de Sociétés et la protection des actionnaires. Der Entwurf lehnt sich eng an die im Titel VII des Statuts einer Europ. Ges. enthaltene Regelung der Konzerne an, in dem die Garantien zum Schutze der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft automatisch bei Vorliegen eines Konzerns in Kraft treten (vgl. dazu Rodière, La protection des minorités dans les Groupes des Sociétés, in Revue des Sociétés 1970 pag. 244 seq.).

4. Im belgischen Av. pro Art. 3 ist der Begriff filiale definiert. Mit ihm verbinden sich folgende rechtliche Konsequenzen: Art. 25 al. VI betr. Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch eine filiale; Art. 26 betr. Entgegennahme von Aktien der herr-

schenden Gesellschaft oder der filiale als Sicherheit für Darlehen; Art. 27 betr. Verbot der Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch eine filiale; Art. 47 betr. Kreditgewährung an die Administratoren der herrschenden Gesellschaft oder filiale; Art. 56, 57 betr. Inhabilität der commissaires; Art. 77 betr. Stimmrechtsbindungen mit einer filiale.

In Art. 28 sodann ist die participation réciproque geregelt.

5. Der italienische CC enthält in Art. 2359 eine Vorschrift betreffend den Erwerb von Aktien seitens kontrollierter Gesellschaften; in Art. 2360 das Verbot der gegenseitigen Aktienzeichnung; siehe dazu Dis 1967 Art. 4. In CC Art. 2361 ist eine Beschränkung des Erwerbs von Beteiligungen an anderen Unternehmungen vorgesehen; siehe dazu Dis 1967 Art. 3. Nach Art. 2424 sind in der Bilanz Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen gesondert auszuweisen. Art. 2624 verbietet den Geschäftsführern, Darlehen von verbundenen Unternehmen aufzunehmen.

6. Das deutsche AktG enthält in den §§ 15 bis 19 Definitionen verschiedener Unternehmensverbindungen, mit welchen sich Konsequenzen unter verschiedenen Aspekten verbinden. Sie betreffen teils die Publizität, §§ 20, 21, 151, 160; die Auskunftspflicht, §§ 90, 131; die Sicherung des Kapitals (Aktienerwerb), §§ 56, 71 Abs. 4; die Ausübung des Stimmrechts, § 136 Abs. 2; Stimmrechtsbindungsverträge, § 136 Abs. 3; die persönliche Verflechtung in Aufsichtsräten, § 100 Abs. 2; die Kreditgewährung an Personen des herrschenden oder abhängigen Unternehmens, §§ 89 Abs. 2, 115; die Inhabilität von Abschlußprüfern und Sonderprüfern, §§ 164, 143, 33 Abs. 5; das Auskunftsrecht der Abschlußprüfer und Sonderprüfer gegenüber herrschenden oder abhängigen Unternehmen, §§ 165 Abs. 4, 145 Abs. 3; die wechselseitige Beteiligung, §§ 19, 328; die Rechnungslegung im Konzern, §§ 329 ff.; die Sicherung der abhängigen AG gegenüber einer Benachteiligung durch das herrschende Unternehmen, §§ 311 ff., 117.

In den §§ 291 bis 310 ist sodann eine Regelung bestimmter Unternehmensverträge enthalten, welche dazu bestimmt ist, den Konzernen eine

bestimmte rechtliche Verfassung zu geben.

Als eine besondere Form der Konzentration ist in den §§ 319 bis 327 die "Eingliederung" geregelt, welche wirtschaftlich der Fusion gleichkommt, jedoch die Rechtspersönlichkeit der eingegliederten Gesellschaft aufrecht erhält.

7. Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft sieht in den Artikeln 38 und 39 die Gründung von Tochtergesellschaften vor. In Art. 46 ist der Erwerb von Aktien durch eine abhängige Gesellschaft geregelt, und in Art. 6 ist der Begriff Abhängigkeit definiert; Art. 47 betrifft die wechselseitige Beteiligung; Art. 68 und 73 betreffen die Berichterstattung über abhängige Gesellschaften; Art. 79 betrifft die Kreditgewährung durch abhängige Unternehmen; Art. 90 enthält das Auskunftsrecht der Aktionäre betreffend herrschende und abhängige Unternehmen; die Art. 196 ff regeln den Konzernabschluß; Art. 206 enthält das Auskunftsrecht der Abschlußprüfer gegenüber herrschenden und abhängigen Gesellschaften.
- In Titel VII Art. 223 ff sodann ist eine Regelung des Konzernrechts enthalten.

I. Teil

- A -

Die Beteiligung im allgemeinen

I. Publizität

1. Nach CC Art. 2361 ist der AG der Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen, selbst wenn die Statuten einen Erwerb gestatten, untersagt, wenn sich aus dem Umfang und dem Gegenstand der Beteiligung eine Änderung des statutarischen Zweckes der Gesellschaft ergeben würde.
Unter dem Aspekt der Harmonisierung der Gesellschaftsrechte kommt dieser Vorschrift keine Bedeutung zu.
2. In den einzelnen Rechtsvorschriften wird dem Interesse der Aktionäre Rechnung getragen, über Beteiligungen ihrer Gesellschaft an einem anderen Unternehmen informiert zu werden.

Nach Loi Art. 356 ist im Geschäftsbericht und gegebenenfalls im Bericht der commissaires aux comptes darzulegen, wenn eine Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft mit Sitz in Frankreich eine participation (= zwischen 10 und 50 %) oder mehr als die Hälfte des Kapitals einer anderen Gesellschaft erwirbt. Gemäß Loi Art. 357, Décr Art. 247 ist der Bilanz ein tableau beizufügen, welches die Situation der filiales und die participations sichtbar macht.

Nach AktG § 160 Abs. 3 Nr. 10 ist im Geschäftsbericht über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu "Verbundenen Unternehmen" mit Sitz im Inland zu berichten. Durch Besitz von Anteilen werden Unternehmen dann zu "verbundenen Unternehmen", wenn die Anteile entweder mehr als 50 % betragen oder wenn der Besitz geringerer Anteile eine Abhängigkeit jener Gesellschaft begründet, an der die Beteiligung besteht (AktG §§ 16 und 17).

In den Rechten der anderen Mitgliedstaaten fehlen derartige Bestimmungen.

Es wird vorgeschlagen:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher,

1. daß die Gesellschaften bei ihrer alljährlichen Rechnungslegung über Beteiligungen der Gesellschaft an anderen inländischen Unternehmen (- an Unternehmen im Gebiet der Europäischen Gemeinschaften ? -) berichten, wenn diese Beteiligung mehr als die Hälfte des Kapitals des anderen Unternehmens beträgt oder wenn eine geringere Beteiligung für die beteiligte Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist.

In dem Bericht ist auch über die wirtschaftliche Lage jenes Unternehmens zu berichten, an welchem die Beteiligung besteht.

2. daß, soweit es zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich ist, in der Hauptversammlung auch jedem Aktionär auf sein Verlangen Auskunft über die in Abs. 1 genannten Beteiligungen der Gesellschaft und über die Wirt-

schaftslage jenes Unternehmens zu erteilen ist, an welchem die Beteiligung besteht.

3. Über den besonderen Ausweis der Beteiligungen und der Erträge aus ihnen in der Bilanz bzw. in der Gewinn- und Verlustrechnung wird auf die Art. 6, 12 und 18 Doc. IV-2/2800/68 (Zweite Fassung) verwiesen.
4. a) Die Rechte einiger Mitgliedstaaten statuieren die Verpflichtung, den Erwerb von Beteiligungen auch jener Gesellschaft anzuzeigen, an welcher die Beteiligung besteht. Die ratio dieser Vorschriften ist jedoch eine verschiedene.

Nach Loi Art. 358 al. 2, décret Art. 249 al. 1 besteht eine Anzeigepflicht für die société par actions und sie greift Platz, wenn die Gesellschaft an einer anderen société Anteile von mehr als 10 % des Kapitals erlangt.

Diese Anzeige dient der Feststellung des Bestehens einer wechselseitigen Beteiligung und der Realisierung des in Art. 358 al. 1 statuierten Verbotes einer 10 % übersteigenden wechselseitigen Beteiligung.

Aus demselben Grunde ist in Av. pro. Art. 28 al. 2 eine Anzeigepflicht unter der gleichen Voraussetzung vorgesehen; dem Beteiligungserwerb der Gesellschaft wird jedoch auch der Erwerb von Beteiligungen durch eine filiale der Gesellschaft oder durch eine personne interposée zugerechnet. -

Eine gleiche Vorschrift ist in Europ.Ges.Art. 47 Abs. 5 enthalten.

Auch das deutsche Recht statuiert in den §§ 20 Abs. 3, 21 AktG für Kapitalgesellschaften die Verpflichtung zur Anzeige des Erwerbs von Anteilen an einer anderen Kapitalgesellschaft, wenn diese Anteile mehr als 25 % der Anteile der anderen Gesellschaft betragen; es ist ferner anzuzeigen, wenn die Gesellschaft an einer anderen Kapitalgesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung erlangt. Auch diese Anzeigepflicht dient der Feststellung einer wechselseitigen Beteiligung und der Realisierung der damit verbundenen Konsequenzen (vgl. §§ 328 und 19 Abs. 2 und 3 AktG).

b) Das deutsche Recht hat jedoch in § 20 Abs. 1, 2, 4 und 5 AktG eine weitere Anzeigepflicht vorgeschrieben, deren Zweck es ist, sowohl die Verwaltung und die Aktionäre einer AG als auch die Öffentlichkeit davon zu unterrichten, wenn ein anderes Unternehmen, gleichgültig welcher Rechtsform, - nicht dagegen eine private Person -, an einer AG mehr als 25 % der Aktien oder eine Mehrheitsbeteiligung, d.h. die Majorität der Aktien oder der Stimmrechte, erwirbt. Das Interesse an solcher Information wird damit begründet, daß ein Unternehmen Anteile an einer AG im allgemeinen nicht zum Zwecke der Kapitalanlage erwirbt, sondern zu dem Zwecke, die Gesellschaft seinen Interessen dienstbar zu machen. Davon sollen sowohl die Verwaltung und die Aktionäre der Gesellschaft als auch die Öffentlichkeit rechtzeitig unterrichtet werden. Die Gesellschaft ist daher verpflichtet, diese ihr zugegangene Anzeige zwecks Information des Publikums zu veröffentlichen.

Solange das Unternehmen die Anzeige der Gesellschaft nicht erstattet hat, kann es Rechte aus den erworbenen Anteilen nicht ausüben.

Dieser Verpflichtung zur Anzeige des Anteilserwerbs unterliegen auch Unternehmen mit Sitz im Ausland.

c) Es stellen sich folgende Fragen, deren Entscheidung die Kommission zu treffen hat:

aa) Besteht ein Bedürfnis nach Information über eine sich anbahnende Konzentration auf Seite der Verwaltung und der Aktionäre der Gesellschaft? - auch der Öffentlichkeit?

bb) Ist es erforderlich, eine Anzeigepflicht zwecks Feststellung wechselseitiger Beteiligung vorzuschreiben? - in diesem Falle bei Erwerb von mehr als 10 % oder von 25 %?

In Kombination der beiden Aspekte und im Hinblick auf die sub C zur Diskussion gestellte Regelung der wechselseitigen Beteiligung wird folgender Vorschlag zur Diskussion gestellt:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher,

1. daß ein Unternehmen, sobald es mehr als 25 % des Kapitals einer AG mit Sitz im Inland besitzt, dieses der Gesellschaft anzuzeigen hat.
2. daß eine Anzeige auch dann zu erfolgen hat, wenn die Beteiligung des Unternehmens mehr als 50 % beträgt.
3. daß aus der Beteiligung keine Rechte ausgeübt werden dürfen, solange die Anzeige nicht erfolgt ist.
4. daß auch die Wiederaufgabe der Beteiligung mitgeteilt wird.
5. daß die Gesellschaft, nachdem ihr das Avis zugegangen ist, dieses öffentlich bekanntmacht.

Mit dieser Vorschrift werden beide Zwecke, nämlich Information und Feststellung wechselseitiger Beteiligung erfüllt. Ob auch der Erwerb durch abhängige Unternehmen oder durch eine personne interposée einzubeziehen ist, bleibt den nationalen Rechten überlassen.

- II -

Die Begriffe "herrschendes und abhängiges Unternehmen",
"filiale", "contrôle"

1. In den Rechten der Mitgliedstaaten wird die Beherrschung und die korrespondierende Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen Unternehmen in verschiedener Weise definiert.
 - a) In Loi Art. 354, 355 werden die Begriffe "filiale" und "participation" verwendet. Als filiale wird eine Gesellschaft betrachtet, deren Kapital zu mehr als der Hälfte sich im Besitz einer anderen Gesellschaft befindet. Beträgt die Beteiligung zwischen 10 bis 50 %, dann wird sie participation genannt. Wie sich aus der Überschrift in Loi Kapitel VI ergibt, gelten diese Definitionen für alle Handelsgesellschaften, welche mit einer personnalité morale ausgestattet sind.

- b) In Av.pro. Art. 3 wird sowohl die rechtliche als auch die faktische Herrschaftsmacht in die Definition einbezogen und beschrieben als "le pouvoir de disposer du patrimoine ou de diriger l'activité d'une autre société"; in al. 2 werden sodann jene Voraussetzungen genannt, welche "en tout cas" das Vorliegen einer filiale zur Folge haben.

Andererseits ist diese Definition auf den Fall beschränkt, daß eine AG eine andere Gesellschaft beherrscht.

- c) Das AktG trägt in den §§ 16 und 17 dem Umstand Rechnung, daß die AG sowohl herrschend als auch abhängig sein kann, weshalb es generell von "Unternehmen" spricht; und es unterscheidet einerseits die Mehrheitsbeteiligung, andererseits die auf anderen Umständen beruhende Abhängigkeit.

Es definiert in § 16 die Mehrheitsbeteiligung, welche sowohl bei Mehrheit der Anteile am Kapital als auch bei Mehrheit der Stimmrechte vorliegt; mit solcher Mehrheitsbeteiligung verbindet sich gemäß § 17 Abs. 2 die gesetzliche Vermutung der Abhängigkeit.

In § 17 Abs. 1 werden alsdann - gewissermaßen als General-klausel- alle anderen Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse definiert. Hiernach sind abhängige Unternehmen "rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann". Nach der deutschen Rechtsprechung (RG 167, 49) liegt eine Abhängigkeit im Sinne dieser Vorschrift vor, wenn das herrschende Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen.

- d) Nach CC Art. 2359 al. 2 gelten als "kontrollierte Gesellschaften" jene Gesellschaften, "bei denen eine andere Gesellschaft eine solche Anzahl von Aktien besitzt, daß ihr bei den ordentlichen Versammlungen die Stimmenmehrheit gesichert ist, oder solche, die kraft besonderer vertraglicher Bindungen unter dem beherrschenden Einfluß einer anderen Gesellschaft stehen".

- e) In dem Statut der Europäischen Aktiengesellschaft ist die Abhängigkeit in Art. 6 definiert. Abhängig ist ein Unternehmen, auf welches ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Nach Art. 6 Abs. 2 gilt ein Unternehmen unwiderleglich als abhängig, wenn das andere Unternehmen die Möglichkeit hat,
- a) über mehr als die Hälfte der Stimmrechte in dem anderen Unternehmen zu verfügen;
 - b) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Geschäftsführungs- oder Kontrollorgans des anderen Unternehmens zu bestellen;
 - c) auf Grund von Verträgen einen überwiegenden Einfluß auf die Geschäftsführung des anderen Unternehmens auszuüben.

Nach Absatz 3 begründet die Mehrheitsbeteiligung die Vermutung der Abhängigkeit.

2. a) Eine Angleichung der Schutzvorschriften, welche mit Abhängigkeitsverhältnissen verbunden sind, macht es erforderlich, auch die in den Rechten der Mitgliedstaaten enthaltenen Definitionen der Begriffe Abhängigkeit, contrôle, filiale wenigstens in der Weise anzugleichen, daß bestimmte Voraussetzungen, welche eine Abhängigkeit begründen oder welche das Vorliegen einer filiale oder eines kontrollierten Unternehmens zur Folge haben, in die Definition der Mitgliedstaaten übernommen werden.

Wegen der zahlreichen und schwerwiegenden Konsequenzen welche sich aus der Abhängigkeit eines Unternehmens ergeben, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, die Abhängigkeit exakt zu definieren. Die Definition soll sich auf jene Abhängigkeit beschränken, welche als Folge der Herrschaftsmacht besteht. In der gesetzlichen Definition sind demgemäß jene Tatbestände aufzuzählen, welche eine Herrschaftsmacht über ein anderes Unternehmen begründen.

Die umgekehrte Kausalität hingegen, welche dadurch gekennzeichnet ist, daß ein anderes Unternehmen auf eine Gesellschaft nur deshalb Einfluß nehmen kann, weil die Gesellschaft wirtschaftlich von ihm abhängig ist, soll ausgeschlossen bleiben.

In Übereinstimmung mit Europ. Ges. Art. 6 wird vorgeschlagen:

1. Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.
2. Ein Unternehmen gilt unwiderleglich als abhängig, wenn ein anderes Unternehmen die Möglichkeit hat,
 - a) über mehr als die Hälfte der Stimmrechte in dem anderen Unternehmen zu verfügen;
 - b) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Geschäftsführungs- oder Kontrollorgans des anderen Unternehmens zu bestellen;
 - c) auf Grund von Verträgen einen überwiegenden Einfluß auf die Geschäftsführung des anderen Unternehmens auszuüben.
3. Es wird vermutet, daß ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen abhängig ist, wenn das andere Unternehmen an ihm mit Mehrheit beteiligt ist.
4. Zu den dem herrschenden Unternehmen gehörenden Anteilen werden auch diejenigen Anteile gerechnet, die einem von ihm abhängigen Unternehmen gehören. Dasselbe gilt für Anteile, die einem anderen für Rechnung des herrschenden Unternehmens selbst oder eines von diesem abhängigen Unternehmens gehören.

- B -

Eine AG beherrscht ein anderes Unternehmen

1. Wenn eine AG ein anderes Unternehmen beherrscht, welches seinerseits Aktien der Gesellschaft besitzt, dann ist die Verwaltung der AG (Vostand, conseil d'administration) in der Lage, über das abhängige Unternehmen in die Generalversammlung der eigenen Aktionäre hineinzuregieren und den Einfluß der Aktionäre auszuschalten.

Falls die Herrschaftsmacht der AG auf einer Beteiligung der AG an dem anderen Unternehmen beruht, liegt eine wechselseitige Beteiligung vor, so daß auch die hierfür geltenden Grundsätze (siehe nachstehend sub C (S. 22) zur Anwendung kommen.

Es wird vorgeschlagen:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß aus Aktien der AG, welche einem von dieser abhängigen Unternehmen gehören, das Stimmrecht nicht ausgeübt werden darf.

Vgl. AktG § 136 Abs. 2; Europ. Ges. Art. 46 Abs. 2.

2. Eine Möglichkeit der Einflußnahme und Verfälschung der Beschlüßfassung der eigenen Hauptversammlung erlangt das herrschende Unternehmen auch dann, wenn ein Aktionär verpflichtet wird, sein Stimmrecht nach Weisung der AG oder eines von ihr abhängigen Unternehmens auszuüben. Um diese Möglichkeit auszuschließen, sollen solche Verträge nichtig sein.

In dem Doc 6.020/70 (Würdinger) ist in Art. 13 ein Vertrag für nichtig erklärt, durch welchen ein Aktionär sich verpflichtet, sein Stimmrecht nach Weisung der Gesellschaft auszuüben.

Diese Vorschrift ist zu ergänzen wie folgt:

Nichtig ist auch ein Vertrag, durch welchen ein Aktionär sich verpflichtet, sein Stimmrecht nach Weisung eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens auszuüben.

Vgl. Av.pro. Art 77; Loi Art. 440 no. 3;
AktG § 136 Abs. 3; Dis Art. 15.

3. Bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen soll ein von der Gesellschaft abhängiges Unternehmen neue Aktien der Gesellschaft nicht zeichnen dürfen. Falls die Abhängigkeit des Unternehmens auf Beteiligung der AG an diesem Unternehmen beruht, würde die Zeichnung von Aktien durch das abhängige Unternehmen wirtschaftlich der Zeichnung der eigenen Aktien durch die AG selbst ähnlich sein und eine wechselseitige Verflechtung begründen.

In dem Doc. 6981/III/C/66 (v. Omneslaghe) Art. 18 al. 1 war vorgeschlagen:

"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die Aktien einer Gesellschaft weder von dieser Gesellschaft selbst noch von einer Tochtergesellschaft übernommen werden können und daß im Falle der Zuwiderhandlung die Vorstandsmitglieder der emittierenden Gesellschaft persönlich als Übernehmer gelten."

Die Beratung dieses Vorschlags wurde, soweit er sich auf Tochtergesellschaften bezieht, bis zur Beratung der für Abhängigkeitsverhältnisse aufzustellenden Grundsätze zurückgestellt.

In dem von der Kommission dem Rat unterbreiteten Vorschlag einer Zweiten Richtlinie ist in Art. 16 nur die Übernahme von Aktien durch die Gesellschaft selbst bzw. durch eine personne interposée geregelt. Die Regelung soll auch auf ein von der Gesellschaft abhängiges Unternehmen (filiale) erstreckt werden, wobei die Bestimmung der Sanktion den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.

Es wird vorgeschlagen:

- a) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Falle einer bei der herrschenden AG erfolgenden Kapitalerhöhung gegen Einlage ein von der AG abhängiges Unternehmen Aktien nicht übernehmen darf.

Vgl. Av.pro. Art. 27; CC Art. 2359; AktG § 50
Abs. 2; Europ. Ges. Art. 46 Abs. 1

- b) An der Zuweisung neuer Aktien aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (par incorporation des réserves) gemäß Art. 25 des Vorschlags einer Zweiten Richtlinie nehmen die abhängigen Unternehmen mit den ihnen gehörenden Aktien teil.
4. In Art. 17 und 18 des Vorschlags einer Zweiten Richtlinie ist der derivative Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft geregelt. Diese Regelung kann dadurch umgangen werden, daß die Gesellschaft ein von ihr abhängiges Unternehmen zum Aufkauf ihrer Aktien veranlaßt.

Es wird vorgeschlagen:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß ein von der AG abhängiges Unternehmen Aktien der Gesellschaft nur nach Maßgabe des Art. 17 des Vorschlags einer Zweiten Richtlinie erwerben darf.

Vgl. Av.pro. Art. 25 al. VI, Art. 26; AktG § 71 Abs. 4;

CC Art. 2357 bis 2359; Europ. Ges. Art. 46 Abs. 1.

5. Im AktG § 100 Abs. 2 Nr. 2 ist bestimmt, daß ein gesetzlicher Vertreter eines von der AG abhängigen Unternehmens nicht Mitglied des Aufsichtsrats der herrschenden AG sein könne, während es umgekehrt zulässig ist, daß ein gesetzlicher Vertreter des herrschenden Unternehmens dem Verwaltungsorgan (Vorstand, Aufsichtsrat, conseil d'administration) der beherrschten Gesellschaft angehört.

Dieses erst vom Bundestag in das Gesetz eingefügte Verbot ist mit dem Hinweis begründet worden, daß eine solche Mitgliedschaft im Aufsichtsrat "dem natürlichen Organisationsgefälle im Konzern" widerspreche.

Der gesetzliche Vertreter eines abhängigen Unternehmens kann sehr wohl ein Interesse daran haben, als Mitglied des Aufsichtsrats der herrschenden Gesellschaft über deren Geschäftspolitik informiert zu werden und dabei auch die Interessen seines Unternehmens zu wahren.

Dem steht das Argument mangelnder Unabhängigkeit dieser Person von dem zu überwachenden Vorstand der herrschenden Gesellschaft gegenüber, ein Gesichtspunkt, dem auch in Art. 5 des Doc. 6752/68 (Houin) Rechnung getragen ist.

Es wird zur Diskussion gestellt:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß ein gesetzlicher Vertreter eines von der AG abhängigen Unternehmens nicht Mitglied des Aufsichtsrats der herrschenden AG sein kann.

Vgl. AktG § 100 Abs. 2 Nr. 2; Doc. 6752/68 (HOUIN)

Art. 5.

6. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechnungsprüfer ist in dem Doc. 6752/68 (Houin, Neufassung) in Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 vorgesehen, daß Personen zu Rechnungsprüfern nicht bestellt werden dürfen, welche in der zu prüfenden Gesellschaft eine Tätigkeit in der Verwaltung ausüben oder ihrem Aufsichtsrat angehören oder eine ständige, vergütete Tätigkeit ausüben bzw. eine solche Position in den letzten drei Jahren innegehabt haben.

In Art. 30 Abs. 1 Nr. 2 dieses Dokuments ist weiter vorgeschlagen, daß auch Personen als Rechnungsprüfer ausgeschlossen sind, welche eine der in Nr. 1 genannten Tätigkeiten in einer Gesellschaft ausüben oder in den letzten drei Jahren ausgeübt haben, welche die zu prüfende Gesellschaft beherrscht oder von ihr abhängt.

Die Beratung dieser Vorschrift wurde zurückgestellt.

Der Vorschlag ist zu billigen mit der Modalität, daß die Habilität des Prüfers schon mit Wegfall des Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisses eintritt, nicht erst mit Ablauf von drei Jahren.

Falls nach dem Recht der Mitgliedstaaten Prüfungsgesellschaften als Rechtspersonen zu Rechnungsprüfern bestellt werden können, ist auch bei Ihnen die Unabhängigkeit zu gewährleisten (vgl. Art. 30 Abs. 2 des Doc. 6752/68).

Es wird vorgeschlagen:

Art. 30 Nr. 1 des Doc. 6752/68 (Houin) wird durch folgende Vorschriften ergänzt:

1. ...

2. a) Personen, welche eine der im vorstehenden Unterabsatz genannten Funktionen oder Tätigkeiten in einer von der zu prüfenden Gesellschaft abhängigen Gesellschaft oder in einer die zu prüfende Gesellschaft beherrschenden Gesellschaft oder einer von dieser abhängigen Gesellschaft ausüben.

b) Eine Prüfungsgesellschaft, welche von der zu prüfenden Gesellschaft abhängig ist, die zu prüfende Gesellschaft beherrscht oder welche von der die zu prüfende Gesellschaft beherrschenden Gesellschaft abhängig ist.

7. In einigen Mitgliedstaaten ist es den Mitgliedern des Verwaltungs- oder Kontrollorgans der Gesellschaft untersagt, sich Kredite von der Gesellschaft selbst oder von einem von ihr abhängigen Unternehmen gewähren zu lassen. Auch einem die Gesellschaft beherrschenden Unternehmen ist die Kreditgewährung an solche Personen nicht gestattet; vgl. auch Europ.Ges. Art. 69 Abs. 3, 79 Abs. 2.

Es sei folgender Vorschlag zur Diskussion gestellt:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher,

1. daß die Gewährung von Krediten, in welcher Form auch immer, durch die Gesellschaft an ein Mitglied ihres Verwaltungs- oder Kontrollorgans (und deren Familienangehörige und an Angestellte mit Generalvollmacht nur mit Einwilligung des Kontrollorgans zulässig ist. Der Beschluß zur Erteilung der Einwilligung unterliegt dem Art. 12 des Doc. 6752/68 (Houin). In dem Beschluß ist die Verzinsung und Rückzahlung zu regeln.
2. Wird der Kredit gewährt von einer von der Gesellschaft abhängigen oder von einer sie beherrschenden Gesellschaft,

so ist auch die Einwilligung des Kontrollorgans dieser Gesellschaft erforderlich.

8. Die Abschlußprüfer einer AG müssen, soweit es für die Prüfung der Gesellschaft erforderlich ist, die Möglichkeit haben, Nachweise und Aufklärungen auch von Unternehmen zu erlangen, welche von der Gesellschaft abhängig sind oder welche die Gesellschaft beherrschen.

Diesem Erfordernis ist Rechnung getragen in Doc. 6752/68 (Houin) Art. 38 al. 3 und in Doc. 2800/IV/2/68 (Elmendorff) Art. 44 al. 3.

- C -

Die wechselseitige Beteiligung

Vgl. Doc. 9954/III/C/64 (van Ommeslaghe) Kap. V
Doc. 6063/III/C/65 Art. 33 bis 40

1. Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften ist ein organisatorisches Mittel, die Gesellschaften auf paritätischer Basis unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen, indem auch die Verwaltungsorgane der Gesellschaften mit denselben Personen besetzt werden.

In Deutschland sind wechselseitige Beteiligungen bei Versicherungsgesellschaften anzutreffen als Folge der vorgeschriebenen Trennung bestimmter Versicherungszweige.

Auch im Bereich des Gemeinsamen Marktes bahnen sich Verbindungen solcher Art über die nationalen Grenzen hinweg an. Sie sind trotz der in den Rechten einzelner Mitgliedstaaten bestehenden Verbote möglich, weil die nationalen Vorschriften nur auf wechselseitige Beteiligungen inländischer Gesellschaften anwendbar sind.

Die wechselseitige Beteiligung birgt, wenn sie eine bestimmte Höhe überschreitet, eine Gefahr in sich, sowohl für die Kapital-sicherheit als auch für das Funktionieren der Hauptversammlung.

- a) Die Beteiligung bedeutet Zuweisung eines ihrer Quote entsprechenden Vermögens an den Inhaber derselben. Die wechselseitige Beteiligung bewirkt daher sowohl Zuweisung von Vermögen und gleichzeitige Zurücküberweisung desselben.
- b) Erhöhen zwei Gesellschaften mit einem Grundkapital und einem Vermögen von je 1 Million ihr Kapital um 1 Million unter gegenseitiger Übernahme der Aktien, dann wandert die Einlage auf die neuen Aktien zunächst aus dem Vermögen der einen Gesellschaft in das Vermögen der anderen, von dieser wieder zurück in das Vermögen der einen. Beide Gesellschaften weisen gegenüber dem erhöhten Grundkapital eine Million Beteiligungen als Aktivposten aus. In Wahrheit hat eine Vermögensvermehrung nicht stattgefunden. Während der Wert der alten Aktien ursprünglich 100 % betrug, ist nunmehr der Wert der doppelten Zahl von Aktien 50 %.

Dasselbe gilt, wenn drei oder mehr Gesellschaften in einer Kette so verfahren.

- c.) Kaufen zwei Gesellschaften wechselseitig Aktien auf dem Markt, so hat das mittelbar dieselbe Wirkung wie der Erwerb eigener Aktien; denn im Falle einer wechselseitigen Beteiligung von 60 % wird, wenn die Gesellschaftsvermögen gleich hoch sind, der Wert der Beteiligung zu 36 % durch den Wert des eigenen Vermögens der Gesellschaft bestimmt.

- d) Die wechselseitige Beteiligung ermöglicht es den Verwaltungen beider Gesellschaften, die Hauptversammlung ihrer eigenen Gesellschaft zu beherrschen, die Funktion der Hauptversammlung und damit auch die Kontrolle der Geschäftsführung auszuschalten.

In der Amtl. Begründung zum AktG ist daher gesagt: "Diese Gefahren verbieten es, die wechselseitige Beteiligung als angemessene Grundlage der Zusammenarbeit zweier Gesellschaften anzusehen".

2. Wenngleich die mit der wechselseitigen Beteiligung verbundenen Gefahren offenkundig sind, bereitet die legislatorische Lösung des Problems große Schwierigkeiten. Aus diesem Grunde sind auch

die Konzeptionen der einschlägigen Vorschriften in den Mitgliedstaaten sehr verschieden.

- a) Nach Loi Art. 353 al. 1 darf eine société par actions an einer anderen Gesellschaft keine Aktien besitzen, wenn die andere Gesellschaft ihrerseits bereits mehr als 10 % des Kapitals der société par actions besitzt.

Um zu verhindern, daß die Gesellschaft Aktien der anderen in Unkenntnis der Tatsache erwirbt, daß die andere Gesellschaft an ihr bereits mit mehr als 10 % beteiligt ist, muß der Erwerb von mehr als 10 % des Kapitals jener Gesellschaft, an welcher diese Beteiligung besteht, angezeigt werden; s. oben I sub 4.

Gleiches gilt nach Loi Art. 359, wenn eine Gesellschaft, welche nicht eine société par actions ist, unter ihren Mitgliedern eine AG hat, welche einen Gesellschaftsanteil von mehr als 10 % besitzt. Hier darf die andere Gesellschaft keine Aktien der AG erwerben.

Entsteht gleichwohl eine wechselseitige Beteiligung, welche das gesetzlich zulässige Maß überschreitet, so sind die Gesellschaften zur Veräußerung verpflichtet; Loi Art. 358, 359, Décr Art. 349 bis 351. Dieses Gebot der Veräußerung ist jedoch in seiner Wirksamkeit auf Gesellschaften mit Sitz im Inland beschränkt.

Eine ähnliche Regelung enthält Av. pro. Art. 28 und Europ. Ges. Art. 47. In beiden Gesetzen werden zu den einer Gesellschaft gehörenden Beteiligungen auch die Beteiligungen gerechnet, welche einer filiale der Gesellschaft oder einer personne interposée gehören.

Nach CC Art. 2360 ist es der Gesellschaft untersagt, ihr Kapital auf dem Wege der gegenseitigen Aktienzeichnung, sei es auch durch Mittelspersonen, zu bilden oder zu erhöhen; in Dis Art. 4 wird dieses Verbot ergänzt.

- b) Nach AktG § 19 Abs. 1 liegt eine wechselseitige Beteiligung per Definitionem erst vor, wenn beide Gesellschaften gegen-

seitig mit mehr als 25 % beteiligt sind, wobei auch die einer abhängigen Gesellschaft oder einer personne interposée gehörenden Beteiligungen der Gesellschaft zugerechnet werden. Bis zu 25 % wird also die gegenseitige Beteiligung als unschädlich betrachtet. Deshalb ist auch die im AktG § 20 vorgesehene Mitteilungspflicht auf einen Besitz von mehr als 25 % bezogen (s. oben A I sub 4 (S.10)).

Auch die deutsche Regelung beschränkt sich auf Gesellschaften im Inland, während eine wechselseitige Beteiligung über die Grenzen von ihr nicht betroffen wird.

Ein gesetzlicher Zwang zur Auflösung der wechselseitigen Beteiligung besteht nach deutschem Recht nicht; es greifen folgende Grundsätze Platz.

Besitzt eine Gesellschaft an der anderen Gesellschaft mehr als 50 % oder ist das andere Unternehmen aus anderen Gründen von der Gesellschaft abhängig, dann kann zwar das herrschende Unternehmen aus seiner Beteiligung alle Rechte ausüben; beim abhängigen Unternehmen hingegen ruhen die Stimmrechte und das Bezugsrecht. Besitzen beide Gesellschaften wechselseitig Beteiligungen von mehr als 50 %, dann ruhen bei beiden Gesellschaften die Stimmrechte und das Bezugsrecht. In diese Regelung sind auch die Dreiecksverhältnisse einbezogen.

Betragen die wechselseitigen Beteiligungen zwischen mehr als 25 % bis 50 %, dann kann nach AktG § 32⁹ nur jene Gesellschaft ihre Rechte ausüben, welche der anderen Gesellschaft zuerst die Beteiligung angezeigt hat; s. oben I sub 4.

c) Die Verschiedenheit dieser Systeme bereitet einer Harmonisierung große Schwierigkeiten.

3. Will man versuchen, die mit der wechselseitigen Beteiligung verbundenen Gefahren auszuschalten, dann sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

a) Die Gefahren der wechselseitigen Beteiligung treten erst auf, wenn der beiderseitige Anteilsbesitz eine bestimmte Höhe über-

schreitet. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Gefährdung des Gesellschaftsvermögens und der Beeinträchtigung der Funktion der Hauptversammlung.

aa) Die Funktion der Hauptversammlung wird gestört, wenn eine der beiden Gesellschaften die Möglichkeit hat, mittels ihrer Beteiligung an der anderen Gesellschaft Beschlüsse der eigenen Hauptversammlung zu erzwingen, wenn also die andere Gesellschaft abhängig von der einen ist (s. oben II sub 1). Dasselbe gilt vice versa. In diesem Falle ergibt sich das Ruhen der Stimmrechte bereits aus dem oben II A Art. 4 unterbreiteten Vorschlag. Es wäre jedoch im Gesetz vorzusehen, daß beiderseitige Abhängigkeit sich nicht aufhebt.

bb) Die das Gesellschaftsvermögen betreffenden Gefahren hingegen treten schon dann ein, wenn die Anteile beider Gesellschaften je 25 % - oder 10 % - des Vermögens der anderen Gesellschaft übersteigen.

b) Diesen dem Vermögen drohenden Gefahren ist in praktikabler Weise jedoch kaum zu begegnen.

aa) Da die wechselseitigen Beteiligungen, soweit sie gleichwertig sind, sich gegenseitig aufheben, wäre denkbar, sie in der Bilanz (analog dem Art. 19 lit. b des Vorschlags einer Zweiten Richtlinie) durch Einstellung eines entsprechenden Passivpostens zu neutralisieren. Eine Gleichwertigkeit liegt aber nur vor, wenn sowohl die Beteiligungsquoten als auch die Vermögen beider Gesellschaften gleich hoch sind. Bei Verschiedenheit eines dieser beiden Werte entstehen nicht nur Schwierigkeiten der Berechnung, sondern auch Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die Bilanzen der beiden Gesellschaften nicht gleichzeitig vorliegen.

bb) Da im Falle einer Kapitalerhöhung zu gleichem Betrag unter wechselseitiger Aktienzeichnung durch das Hin- und Rückwandern der Einlage der Wert der neuen Aktien null ist, wäre es konsequent, diesen Aktien, solange sie sich im Besitz der Gesellschaften befinden, das Recht auf

Dividende, auf den Liquidationsanteil und das Bezugsrecht zu entziehen. Dadurch wäre eine Entwertung der alten Aktien vermieden. Auch dieses hat jedoch eine Gleichwertigkeit der beiderseitigen Beteiligungen zur Voraussetzung.

Es würde bei solcher Regelung sich auch ergeben, daß mit diesen Aktien, sofern keine Abhängigkeit besteht (s. oben 3 b aa), zwar das Stimmrecht, nicht aber die Vermögensrechte verbunden wären. Das Stimmrecht aber dient nur der Sicherung der Vermögensrechte.

cc) Der wechselseitige Aktienerwerb durch Kauf von Aktien auf dem Markt entzieht sich vollends einer gesetzlichen Regelung.

4. Es bleiben daher nur zwei Möglichkeiten einer Lösung, nämlich:

- a) die Verpflichtung zur Veräußerung, wie das französische Recht sie vorschreibt; oder
- b) Beschränkung des rechtlichen Schutzes auf die Verhinderung einer Entthronung der Hauptversammlung entsprechend dem deutschen Recht.

Die französische Regelung ist bekannt; es sei auch auf Doc. 6063/III/C/65 Art. 33 bis 40 verwiesen.

Ein minimaler Schutz der Aktionäre gegen eine Entthronung der Hauptversammlung würde bewirkt, wenn man vorschön würde:

I

Wechselseitig beteiligte Gesellschaften sind Gesellschaften mit Sitz im Inland, von denen jeder Gesellschaft mehr als 25 % - 10 %? - der Anteile der anderen Gesellschaft gehören.

Zu den Anteilen, die der Gesellschaft gehören, werden auch die Anteile gerechnet, welche einem von ihr abhängigen Unternehmen (- oder einer personne interposée -) gehören.

II

Über die Verpflichtung zur Anzeige des Anteilsbesitzes s. oben A I (S. 12) Diese Vorschrift ist durch folgenden Absatz zu ergänzen:

"Besteht eine wechselseitige Beteiligung, so haben die Gesellschaften einander unverzüglich die Höhe ihrer Beteiligung und jede Änderung schriftlich mitzuteilen".

III

Die Gesellschaften haben das Bestehen einer wechselseitigen Beteiligung und die Höhe derselben unter Benennung der anderen Gesellschaft alljährlich in ihrem Geschäftsbericht bekanntzumachen.

IV

Liegen die - oben S.15/16 genannten - Voraussetzungen der Abhängigkeit wechselseitig bei beiden Gesellschaften vor, dann kommen die mit der Abhängigkeit verbundene Konsequenzen auf beide Gesellschaften zur Anwendung.

V

Bei Vorliegen einer wechselseitigen Beteiligung hat jede Gesellschaft in ihrer Bilanz dem aktivierten Posten "Beteiligungen" auf der Passivseite einen Ausgleich (Wertberichtigung) in solcher Höhe gegenüberzustellen, als der Wert der beiderseitigen Beteiligungen sich deckt.

Die Ermittlung des Wertes der Beteiligungen kann auf Grund der letzten veröffentlichten Bilanzen erfolgen.

Die Bewertung ist im Geschäftsbericht zu erläutern.

Die Kommission möge entscheiden, welches der beiden Systeme - Verkaufszwang entsprechend dem französischen Recht oder vorstehende Regelung - (auch im Hinblick auf wechselseitige Beteiligungen über die Grenzen) - vorzuziehen ist.

II. Teil

- A -

Konzerne, Groupes de Sociétés

- I -

Die Besonderheiten des Konzerns

1. Konzerne sind dadurch gekennzeichnet, daß ein herrschendes Unternehmen eine oder mehrere von ihm abhängige Gesellschaften unter seiner einheitlichen Leitung zusammenfaßt (vgl. AktG § 18 Abs. 1; übereinstimmend Europ. Ges. Art. 223). Im französischen Entwurf werden Konzerne groupes genannt; in Art. 4 ist bestimmt: "Les sociétés dominantes et affiliées réunies sous une direction unique forment un groupe".
2. a) Zweck der Konzerne ist in erster Linie die Rationalisierung. Unternehmen, deren Produktion in hohem Maße von der Entwicklung der Technik abhängig ist, sind vielfach zu einer Spezialisierung der Produktion gezwungen. Hier bietet die Gruppierung von Unternehmen in der Form eines Konzerns die Möglichkeit, die Fabrikationen der im Konzern zusammengefaßten Unternehmen in variabler Weise so zu kombinieren, daß der beste wirtschaftliche Effekt erzielt wird.
b) Die Zusammenfassung von Unternehmen zu einem Konzern bewirkt ferner die Ausschaltung des Marktes beim Rohstoffbezug und beim Absatz von Halbfabrikaten. Das trifft insbesondere zu bei vertikal gegliederten Konzernen, welche Unternehmen verschiedener Produktionsstufen umfassen, angefangen bei der Gewinnung von Rohstoffen oder der Erzeugung von Energie bis zur Herstellung des Endproduktes. Ist z.B. das herrschende Unternehmen ein Stahlwerk, so kann es mittels des von ihm beherrschten Energieunternehmens seine Versorgung mit Energie, und durch die von ihm beherrschte Werft den Absatz seines Stahles unabhängig von den Schwankungen des Marktes sichern. Auch Unternehmen des Warenhandels haben sich mittels Beteiligungen jene Unternehmen unterworfen, welche die von ihnen benötigten Waren produzieren.
Der Erwerb von Beteiligungen ist das weniger kostspielige Mittel, die beherrschten Gesellschaften mit ihren Produktionsanlagen und Arbeitskräften und mit ihrem Vermögen sich dienstbar zu machen.
c) Der Verringerung des mit den Schwankungen des Marktes verbundenen Risikos dient ferner die Zusammenfassung von Unternehmen verschiedener Fabrikationen (sog. Diversification, conglomerates), deren einheitliche Leitung es ermöglicht, die Konjunktur des einen Produktes auszunutzen und die bei der anderen Fabrikation entstehenden Verluste auszugleichen.

- d) Durch die einheitliche Leitung werden nicht nur die Unternehmen der abhängigen Gesellschaften dem herrschenden Unternehmen integriert, sondern auch die Vermögen (patrimoine) derselben zusammengefaßt und der finanziellen Kraft des herrschenden Unternehmens dienstbar gemacht.
- e) Internationale Konzerne, bei denen die in verschiedenen Staaten errichteten Tochtergesellschaften dieselbe Produktion betreiben wie die Muttergesellschaft, ermöglichen die Ersparung von Einfuhrzöllen, die Erschließung fremder Märkte und die Anpassung der Produktion an die Besonderheiten der nationalen Märkte und der nationalen Rechte.
3. Das klassische M i t t e l, welches dem herrschenden Unternehmen die Macht verschafft, die abhängigen Gesellschaften seinem Willen und seiner Leitung zu unterwerfen, ist die B e t e i l i g u n g. Besitzt ein Unternehmen in der abhängigen Gesellschaft die Mehrheit der Stimmen, dann ist es in der Lage, seine eigenen Leute in das Kontroll- und Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft zu berufen. In dem Bericht über die Konzentrations-Enquête, den die deutsche Regierung dem Parlament erstattet hat ¹⁾, ist gesagt: "Während die kapitalmäßigen Verbindungen die Grundlage dafür schaffen, Unternehmen zu Konzernen zusammenzuschließen, sind die persönlichen Verbindungen zwischen den Organen der einzelnen Gesellschaften eines der wichtigsten Mittel für die Durchsetzung der einheitlichen Leitung".

- II -

Die legislatorischen Probleme

1. Die Macht, welche dem herrschenden Unternehmen durch seine Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft verschafft wird, ist nicht ein vom Gesetz gewährtes subjektives Recht, sondern eine faktische Macht, deren Entstehung das Recht ermöglicht, welche sich aber einer rechtlichen Kontrolle weitgehend entzieht. Sie ist eine Macht, welche die Rechtsordnung in der Realität vorfindet und welche im System der freien Wirtschaft und ohne Zerstörung der AG nicht beseitigt werden kann. Diese faktische Macht verschafft dem herrschenden Unternehmen die Möglichkeit, die Funktionen der Organe der beherrschten Gesellschaft außer Kraft zu setzen. Das Geschäftsführungsorgan der abhängigen Gesellschaft trifft nicht mehr eigene Entscheidungen, sondern es vollzieht die ihm erteilten Weisungen des herrschenden Unternehmens. Das Kontrollorgan der abhängigen Gesellschaft,

1) Bundestags-Drucksache zu IV/2320 v. 9. Oktober 1964 S. 573

welchem Vertreter des herrschenden Unternehmens als Mitglieder angehören, kontrolliert nicht mehr die auf eigener Entscheidung der Geschäftsführer beruhenden Maßnahmen, sondern den Vollzug der von dem herrschenden Unternehmen erteilten Weisungen. Auch die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft wird beherrscht von dem als Großaktionär beteiligten Unternehmen, welches mit seinen Stimmen allein Beschlüsse zu fassen in der Lage ist. Als Großaktionär aber ist das herrschende Unternehmen nicht Organ der abhängigen Gesellschaft und es unterliegt daher nicht der für die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans bestehenden Verantwortlichkeit.

2. Das legislatorische Zentralproblem des Konzernrechts besteht in der Frage, wie die Rechtsordnung sich zu dieser Realität verhalten soll, welche Folgerungen sie hieraus zu ziehen hat.

Da im Konzern die abhängigen Gesellschaften dem Interesse des herrschenden Unternehmens untergeordnet und dienstbar gemacht werden, kann die einheitliche Leitung zu Schädigungen einzelner abhängiger Gesellschaften führen, weil Dispositionen, welche dem Interesse des herrschenden Unternehmens dienen, für die abhängige Gesellschaft nachteilig sein können.

Es ist z.B. eine Benachteiligung des Energieunternehmens, wenn es von dem herrschenden Unternehmen zur Lieferung von Energie unter dem Marktpreis verpflichtet wird. Es ist eine Schädigung der Werft, wenn sie den von ihr benötigten Stahl ausschließlich von dem herrschenden Unternehmen zu beziehen hat, obgleich sie ihn auf dem freien Markt billiger kaufen könnte. Die Benachteiligung einer abhängigen Gesellschaft kann ferner darin bestehen, daß ihr eine rentable Produktion entzogen wird zwecks Konzentration derselben bei einer anderen Konzerngesellschaft. Möglich ist, daß das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu Verkauf unter Verlusten zwingt oder daß es liquides Vermögen von der einen Gesellschaft abzieht, um es einer anderen Gesellschaft als Beihilfe zur Finanzierung neuer Anlagen zuzuführen.

3. a) Benachteiligungen abhängiger Gesellschaften sind unproblematisch, wenn alle Anteile derselben sich in der Hand des herrschenden Unternehmens befinden. Die Muttergesellschaft kann mit ihrer Tochtergesellschaft als Alleingesellschafterin und wirtschaftliche Eigen-

tümerin derselben nach Belieben verfahren. Ein Schutzbedürfnis besteht lediglich für die Gläubiger der Tochtergesellschaft im Falle des Konkurses derselben.

- b) Anders ist es, wenn an der abhängigen Gesellschaft neben dem herrschenden Unternehmen noch weitere Gesellschafter (sog. außenstehende Gesellschafter) beteiligt sind.

4. Da bei Ausübung der einheitlichen Leitung eine Schädigung der einen oder anderen abhängigen Gesellschaft sich nicht ausschließen läßt, erhebt sich folgende Frage:

- a) Ist es angesichts der faktischen Macht des herrschenden Unternehmens, durch welche es die einheitliche Leitung ausübt, möglich, eine Schädigung der abhängigen Gesellschaft in wirksamer Weise durch Statuierung einer Schadensersatzpflicht zu verhindern, so lange die abhängige Gesellschaft nicht auf Grund der Garantien, welche das herrschende Unternehmen zugunsten der außenstehenden Gesellschafter derselben bietet, die Ausübung der einheitlichen Leitung genehmigt hat ?

Das deutsche Recht gestattet dem herrschenden Unternehmen die einheitliche Leitung erst dann, wenn ein Beherrschungsvertrag geschlossen worden ist, welcher der Genehmigung durch die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft bedarf (AktG §§ 291, 293, 308). Mit dem Beherrschungsvertrag verbinden sich die zum Schutze der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft erforderlichen Garantien. Das herrschende Unternehmen kann jedoch bei der Beschlußfassung der abhängigen Gesellschaft über die Genehmigung des Vertrages sein eigenes Stimmrecht ausüben, also gegebenenfalls den Vertrag selbst genehmigen.

Ohne Beherrschungsvertrag und ohne die damit verbundenen Garantien hingegen darf das herrschende Unternehmen seine Macht nicht zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft ausüben (AktG §§ 311 - 318).

- b) Im Statut der Europ. Ges. und im franz. Entwurf ist ein anderer Weg gewählt. In der Erwägung, daß der zum Schutze der außenstehenden Gesellschafter statuierte Schadensersatz nur ein stumpfes Schwert gegenüber der faktischen Macht des herrschenden Unternehmens darstellt und in der Erwägung, daß die Androhung des Schadensersatzes im deutschen Recht die herrschenden Unternehmen kaum zum Abschluß eines Beherrschungsvertrages und zur Übernahme der damit verbundenen Garantien

veranlaßt, werden die Garantien für die außenstehenden Gesellschafter und die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft automatisch mit dem Faktum der Ausübung der einheitlichen Leitung durch das herrschende Unternehmen verknüpft.

Diese Lösung ist vorzuziehen und sie wurde für die Europ. Ges. von der Kommission gebilligt. Sie ist daher auch der Harmonisierung der nationalen Rechte zugrunde zu legen. Sie macht es erforderlich, daß bei den faktischen Konzernen, welche nicht auf Beherrschungsvertrag beruhen, das Bestehen des Konzerns gerichtlich festgestellt werden kann.

Diese Lösung erfaßt theoretisch alle bereits bestehenden und die künftig entstehenden Konzerne. Als Konzeption ist sie klar und einfach. Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß sie in der Praxis mancherlei Probleme auslöst.

Die Abgrenzung jener Maßnahmen des herrschenden Unternehmens, welche als Ausübung der Leitung zu beurteilen sind, von Einwirkungen auf die abhängige Gesellschaft, die keine Leitung der Gesellschaft darstellen, also die Feststellung, ob ein Konzern vorliegt, kann sehr schwierig sein.

Verneint das Gericht das Bestehen eines Konzerns, so hat diese Entscheidung nur Bedeutung für den Zustand im Zeitpunkt der Entscheidung; denn das herrschende Unternehmen kann jederzeit nach Erlaß des Urteils die Leitung übernehmen; eine neue Klage wäre alsdann nötig.

Schwierigkeiten können sich für Holding-Gesellschaften ergeben, die kein eigenes Unternehmen betreiben, deren Aktivität sich auf die Leitung der zusammengefaßten abhängigen Gesellschaften beschränkt. Sie könnten die Leistungen, zu denen sie automatisch verpflichtet sind, nur aus den Dividenden erbringen, die ihnen von den abhängigen Gesellschaften erst zufließen.

Bei manchen Konzernen bestehen zwischen dem herrschenden Unternehmen und abhängigen Gesellschaften Pachtverträge oder ähnliche Verträge, die zu Kollisionen mit den uniformierten Vorschriften des Gesetzes führen. Diese Konzerne werden daher gezwungen sein, sich der neuen Regelung anzupassen.

Diesen Argumenten steht jedoch gegenüber, daß durch die automatische Verknüpfung der gesetzlichen Regelung mit der faktischen Existenz eines Konzerns der Schutz der außenstehenden Gesellschafter und der

Gläubiger der beherrschten Gesellschaften gegenüber der Macht des herrschenden Unternehmens wirksamer ist als in jenem System, gemäß welchem die Zulässigkeit der einheitlichen Leitung abhängig ist von einem Konsens zwischen dem herrschenden Unternehmen und der abhängigen Gesellschaft.

5. Der den außenstehenden Gesellschaftern und Gläubigern der abhängigen Gesellschaft zu gewährende Schutz muß solcher Art sein, daß diese Gesellschafter und Gläubiger von einer Benachteiligung ihrer Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen nicht betroffen werden.

a) Den außenstehenden Gesellschaftern ist, falls das herrschende Unternehmen eine unabhängige AG ist, die Möglichkeit zu eröffnen, ihre Aktien gegen solche des herrschenden Unternehmens umzutauschen und Gesellschafter der herrschenden Gesellschaft zu werden..

Wenn das herrschende Unternehmen keine unabhängige AG ist, muß den außenstehenden Gesellschaftern die Möglichkeit verschafft werden, gegen Barabfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung muß gerichtlich festgestellt werden können.

- b) Es kann sein, daß außenstehende Gesellschafter trotz der ihnen gebotenen Möglichkeit des Ausscheidens aus der Gesellschaft durch Umtausch ihrer Aktien oder durch Barabfindung es vorziehen, weiterhin in der abhängigen Gesellschaft zu bleiben. Alsdann erhebt sich die Frage, ob diese Gesellschafter eines weiteren Schutzes bedürfen, bei deren Beurteilung verschiedene Aspekte zu berücksichtigen sind. Die verbleibenden Gesellschafter würden das Risiko der Schädigung ihrer Gesellschaft auf Grund ihrer eigenen Entscheidung übernehmen. Dieses Argument spricht für Entbehrlichkeit eines weitgehenden Schutzes. Das Risiko indessen, welches die verbleibenden Gesellschafter tragen, ist für sie nicht überschaubar. Es enthält nicht nur die Gefahr der Einbuße an Dividende, sondern auch die Gefahr der zur Unveräußerlichkeit ihrer Aktien führenden Entwertung ihrer Anteile durch Schädigung der Vermögenssubstanz ihrer Gesellschaft seitens des herrschenden Unternehmens. Die verbleibenden Gesellschafter tragen ferner das Risiko, daß die abhängige Gesellschaft bei Beendigung des Konzernverhältnisses vermögens-

los zurückbleibt.

aa) Das deutsche Recht schützt daher die verbleibenden Gesellschafter gegenüber diesen Gefahren. Das herrschende Unternehmen ist auf Grund des Beherrschungsvertrags verpflichtet, den verbleibenden Gesellschaftern eine Ausgleichszahlung in Form einer Dividendengarantie zu gewähren, deren Angemessenheit ebenfalls gerichtlicher Feststellung unterliegt. (AktG § 304). Führt die gerichtliche Festsetzung derselben zu einer für das herrschende Unternehmen untragbaren Belastung, dann ist dieses zur Kündigung des Beherrschungsvertrages berechtigt (AktG § 305 Abs. 5) mit der Folge des Verlustes des Rechts zur einheitlichen Leitung (AktG § 308).

Zum Schutze der verbleibenden Gesellschafter ist das herrschende Unternehmen ferner verpflichtet, die Jahresverluste der abhängigen Gesellschaft auszugleichen (AktG § 302).

Indem dieser Ausgleich eine Überschuldung der Gesellschaft verhindert, kommt er den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft zugute. Indem der Ausgleich bewirkt, daß das bei Abschluß des Beherrschungsvertrages vorhandene Vermögen der abhängigen Gesellschaft in seinem Wert ungeschmälert erhalten bleibt, schützt er die verbleibenden Gesellschafter vor Entwertung ihrer Aktien und vor Vermögenslosigkeit der Gesellschaft bei Beendigung des Konzernverhältnisses.

bb) Anders ist die Lösung in Art. 228 Abs. 2, 231 des Statuts der Europ. Ges. Hiernach haben die verbleibenden Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft keinen Anspruch auf weiteren Schutz. Es ist vielmehr dem Ermessen des herrschenden Unternehmens überlassen, eine Ausgleichszahlung anzubieten und die Modalitäten derselben zu bestimmen. Die Kommission möge entscheiden, welcher der beiden Lösungen der Vorzug gebührt.

c) Zum Schutze der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft sieht Art. 239 des Statuts der Europ. Ges. und Art. 25 des franz. Entw. eine solidarische Haftung des herrschenden Unternehmens für die

Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaften vor. Sie besteht nach dem Statut jedoch nur gegenüber den Gläubigern jener abhängigen Gesellschaften, welche ihren Sitz im Bereich der Europäischen Gemeinschaften haben.

Ob die nationalen Rechte die Gläubiger in gleicher Weise unterschiedlich behandeln können, erscheint sehr problematisch.

Andererseits stellt die solidarische Haftung des herrschenden Unternehmens angesichts der Tatsache, daß Konzerne mit abhängigen Gesellschaften in vielen Staaten der Welt verbunden sind, ein großes Risiko dar.

Das deutsche Recht kann auf die solidarische Haftung des herrschenden Unternehmens verzichten, da der Ausgleich der Jahresverluste der abhängigen Gesellschaft und der damit bewirkte Schutz der Gläubiger sie entbehrlich macht. Da andererseits die Verpflichtung zum Ausgleich der Verluste nur auf Grund des Beherrschungsvertrages besteht, hat das herrschende Unternehmen es in seiner Hand, ob es mit einer abhängigen Gesellschaft im Ausland einen solchen schließen will.

6. a) Die einheitliche Leitung der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen schließt zwangsläufig die Möglichkeit einer Schädigung der abhängigen Gesellschaft in sich. Dieses rechtfertigt es indessen nicht, dem herrschenden Unternehmen keine Verantwortlichkeit für die einheitliche Leitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft aufzuerlegen.
- Im Statut der Europ. Ges. fehlt eine Regelung dieser Frage. Die Regelung des deutschen Rechts (AktG § 309), welche auf systematischer Perfektion beruht, ist, losgelöst aus dem systematischen Zusammenhang, schwer verständlich.
- Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens müssen gegenüber der abhängigen Gesellschaft verantwortlich sein für die Leitung des Konzerns als einer wirtschaftlichen Einheit. Die dazu erforderliche Sorgfalt ist gewahrt, wenn die Benachteiligung einer abhängigen Gesellschaft innerhalb des Konzerns zu einem entsprechenden Vorteil führt. Eine Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens gegenüber den abhängigen Gesellschaftern würde jedoch entstehen, wenn das herrschende Unternehmen infolge fehlerhafter Leitung des Konzerns nicht mehr in der Lage ist, die ihm obliegenden Verpflichtungen

tungen zum Ausgleich der Jahresverluste und zur Ausgleichszahlung zu erfüllen.

- b) Indem die zum Schutze der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft vorgesehenen Garantien an die Realität der einheitlichen Leitung durch das abhängige Unternehmen anknüpfen, muß mit dieser Realität auch eine weitere rechtliche Konsequenz verbunden werden, welche die Verantwortlichkeit des Verwaltungsorgans der abhängigen Gesellschaft betrifft. Wenn das Gesetz es zuläßt, daß das herrschende Unternehmen, indem es auf Grund seiner Macht die Leitung ausübt, die abhängige Gesellschaft schädigt, dann kann das Verwaltungsorgan der abhängigen Gesellschaft nicht mehr mit derselben Verantwortung belastet bleiben, welche es zu tragen hat, wenn seine Gesellschaft unabhängig wäre.

Im Statut der Europ. Ges. Art. 240 ist bestimmt, daß das Verwaltungsorgan der abhängigen Gesellschaft die Befolgung von Weisungen nicht mit der Begründung ablehnen kann, daß sie gegen das Interesse der abhängigen Gesellschaft verstoßen. Diese Vorschrift bezieht sich auf das Verhältnis der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft zum herrschenden Unternehmen. Erforderlich jedoch ist eine Regelung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsorgans der abhängigen Gesellschaft gegenüber der eigenen Gesellschaft. Geht man von der Macht des herrschenden Unternehmens als Prämisse aus, dann ist als rechtliche Konsequenz zu folgern, daß die Verantwortlichkeit des Verwaltungsorgans der abhängigen Gesellschaft gegenüber seiner Gesellschaft sich reduziert (vgl. AktG § 310 Abs. 3).

7. Einer Regelung bedarf sodann die Frage, wodurch das Konzernverhältnis beendet wird und welche Wirkungen sich mit der Beendigung desselben verbinden. Das Statut der Europ. Ges. sagt hierüber nichts. Im deutschen Recht sind einschlägig die §§ 296 - 298 AktG.

- a) Wenngleich die Entstehung des Konzerns auf dem Faktum der einheitlichen Leitung beruht, können die damit verbundenen rechtlichen Folgen - die Ausgleichszahlung, der Ausgleich der Verluste, die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens für seine Leitung - nicht durch bloße Einstellung der einheitlichen Leitung durch das herrschende Unternehmen entfallen. Die einheitliche Leitung ist für das herrschende Unternehmen durch die faktische Ausübung derselben zur rechtlichen Verpflichtung geworden.

Diese Verpflichtung kann beendet werden durch Wegfall der Abhängigkeit der beherrschten Gesellschaft. Das Konzernverhältnis kann ferner beendet werden, wenn die gerichtliche Feststellung der Ausgleichszahlung zur Erhöhung des von dem herrschenden Unternehmen angebotenen Betrages führt, ferner, wenn die finanzielle Lage des herrschenden Unternehmens die Besorgnis begründet, daß es seine Verpflichtungen nicht mehr wird erfüllen können. Die abhängige Gesellschaft soll zur Beendigung des Konzernverhältnisses befugt sein, wenn infolge anhaltender Steigerung des Ertrages des herrschenden Unternehmens die Ausgleichszahlung nicht mehr angemessen ist.

- b) Die Beendigung erfolgt durch Erklärung; sie ist im Register einzutragen und bekannt zu machen.
- c) Falls die solidarische Haftung des herrschenden Unternehmens nicht vorgeschrieben wird, hat das herrschende Unternehmen bei Beendigung der Konzernverbundenheit den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit zu leisten.

8. Die Verknüpfung der Garantien für die außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft mit dem Faktum der einheitlichen Leitung durch das herrschende Unternehmen wird in der Praxis nicht immer funktionieren. Da die Mitglieder des Kontroll- und Geschäftsführungsorgans der abhängigen Gesellschaft in aller Regel von dem herrschenden Unternehmen bestimmt werden, ist es möglich, daß beide Unternehmen sich über die Unterlassung der Garantien verständigen; den außenstehenden Gesellschaftern und Gläubigern der abhängigen Gesellschaft aber ist die Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens vielleicht unbekannt oder das Risiko des Prozesses zur Festlegung des Konzerns zu groß. Möglich ist ferner, daß der Prozeß zur Feststellung des Konzerns sich über lange Zeit erstreckt, während welcher die Garantien fehlen, die einheitliche Leitung aber ausgeübt wird. Möglich ist auch, daß das Konzernverhältnis beendet wird, obgleich die Abhängigkeit der Gesellschaft vom herrschenden Unternehmen fortbesteht. Möglich sind schließlich singuläre Einwirkungen des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft, welche nicht als einheitliche Leitung erscheinen. Da in all diesen Fällen die Garantien fehlen, ist ein Schutz der außenstehenden Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft als ergänzende Maßnahme geboten.

Es wäre weder möglich noch gerechtfertigt, bei Fehlen der Garantien zu gunsten der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft völlig auszuschließen. Zu verhindern ist eine bewußte Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch Statuierung einer Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens, wenn es bei einer Einflußnahme auf die abhängige Gesellschaft außerhalb der Hauptversammlung derselben seine Macht mißbraucht. Mißbrauch der Macht ist zwar nach dem allgemeinen Zivilrecht aller Mitgliedstaaten untersagt. Es ist jedoch notwendig, die Sanktion des Mißbrauchs den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts anzupassen. Dieses entspricht auch dem von der amerikanischen Rechtsprechung entwickelten Prinzip, daß der die Gesellschaft beherrschende Großaktionär, welcher in die Verwaltung der Gesellschaft eingreift und "sich in die Schuhe des Verwaltungsorgans stellt", gegenüber den anderen Gesellschaftern auch die treuhänderischen Pflichten des Verwaltungsorgans übernimmt.

Im übrigen bleibt bei Fehlen der Garantien die Verantwortlichkeit des Verwaltungs- und Kontrollorgans der abhängigen Gesellschaft und die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Machtmißbrauchs durch das herrschende Unternehmen voll bestehen.

9. Der Schadensersatz, zu welchem das herrschende Unternehmen bei vorsätzlicher Schädigung der abhängigen Gesellschaft verpflichtet ist, unterscheidet sich wesentlich von der oben sub 4 genannten Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zum Ausgleich des Jahresverlustes der abhängigen Gesellschaft im Konzern. Der Schadensersatz umfaßt nicht nur das *damnum emergens* sondern auch das *lucrum cessans*. Veranlaßt z.B. das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zur Lieferung von Waren lediglich gegen Erstattung der Selbstkosten, oder zur Einstellung einer rentablen Produktion, um diese selbst zu übernehmen oder um sie bei einer anderen Gesellschaft zu konzentrieren, oder, übernimmt das herrschende Unternehmen liquide Mittel der abhängigen Gesellschaft als zinsloses Darlehen, dann ist die abhängige Gesellschaft geschädigt und das herrschende Unternehmen zu Schadensersatz verpflichtet. Maßnahmen solcher Art aber führen nicht zu einem in der Bilanz erscheinenden Verlust, den das herrschende Unternehmen im Konzern auszugleichen hätte.

- III -

LösungsmöglichkeitenI.

Die Mitgliedstaaten treffen eine Regelung der faktischen Konzerne, in welcher die in den Ziff. II-XXIV enthaltenen Grundsätze sichergestellt werden.

II.

1. a) Sind ein herrschendes und eine oder mehrere abhängige Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern.
b) Das herrschende Unternehmen und die abhängige Gesellschaft bzw. die abhängigen Gesellschaften sind untereinander konzernverbunden.
2. Faktischer Konzern ist jeder Konzern, der nicht auf Beherrschungsvertrag beruht.

Vgl. AktG § 18 Abs. 1; Europ. Ges. Art. 223; franz. E. Art. 4; über den Begriff "Abhängigkeit" s. oben Art. 3 (S. 16).

III.

Wird eine Gesellschaft von einem anderen Unternehmen (s. S. 15/16) beherrscht, so wird vermutet, daß das abhängige und das herrschende Unternehmen einen Konzern bilden.

Vgl. Europ. Ges. Art. 223 Abs. 2; AktG § 18 Abs. 1 Satz 3

IV

1. Die Feststellung der Konzernverbundenheit kann auf Antrag durch das Gericht erfolgen.
2. Antragsberechtigt sind;
 - a) Die abhängige Gesellschaft
 - b) Ein oder mehrere Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft, welche bei Vorliegen der Konzernverbundenheit außenstehende Gesellschafter (Ziff. V) sein würden, falls sie zusammen mindestens 5 % des Kapitals abzüglich der dem herrschenden Unternehmen gehörenden Anteile besitzen oder wenn ihre Anteile mindestens 25.000 RE betragen.

Vgl. Europ. Ges. Art. 225

V.

Außenstehende Gesellschafter sind die an der abhängigen konzernverbundenen Gesellschaft neben dem herrschenden Unternehmen beteiligten Gesellschafter.

Vgl. franz.E. Art. 5

VI

Sind an einer konzernverbundenen abhängigen Gesellschaft i.S. der Ziffer II außenstehende Gesellschafter beteiligt, so hat das herrschende Unternehmen mindestens die Angebote gemäß Ziff.VII zu machen.

Vgl. Europ.Ges.Art. 228-231; franz.E.Art. 14 - 23;
AktG §§ 304, 305

VII

1. Die Angebote des herrschenden Unternehmens an die konzernverbundene abhängige Gesellschaft zugunsten der außenstehenden Gesellschafter derselben enthalten mindestens die Abfindung der außenstehenden Gesellschafter und das Versprechen einer Ausgleichszahlung an dieselben nach deren Wahl.
2. Die Abfindung enthält,
 - a) wenn das herrschende Unternehmen eine unabhängige AG ist, den Umtausch der Beteiligungen der außenstehenden Gesellschafter gegen Aktien der herrschenden Gesellschaft;
das Verhältnis des Umtausches bestimmt sich nach den Vorschriften über die Fusion;
 - b) wenn das herrschende Unternehmen nicht eine unabhängige AG ist, die Übernahme der Beteiligungen der außenstehenden Gesellschafter gegen eine der Vermögens- und Ertragslage der abhängigen Gesellschaft entsprechende Barabfindung;
 - c) wenn das herrschende Unternehmen von einer dritten AG abhängig ist, kann es statt der Barabfindung gemäß lit. b den Umtausch gegen Aktien dieser dritten Gesellschaft anbieten;
lit. a Satz 2 gilt entsprechend.
3. a) Als Ausgleichszahlung ist mindestens die jährliche Zahlung des Betrages zuzusichern, der nach der bisherigen Ertragslage der abhängigen Gesellschaft und unter Berücksichtigung ihrer künftigen Ertragsaussichten, - jedoch ohne Bildung freier Rücklagen - , voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne Aktie bzw. den einzelnen Geschäftsanteil verteilt werden könnte.

- b) Ist das herrschende Unternehmen eine unabhängige AG, so kann als Ausgleichszahlung auch die Zahlung jenes Betrages zugesichert werden, der auf Aktien der herrschenden Gesellschaft mit mindestens entsprechendem Nennbetrag als Gewinnanteil entfällt.

Der entsprechende Nennbetrag bestimmt sich nach dem Umtauschverhältnis im Falle einer Fusion durch Übertragung des Vermögens der abhängigen Gesellschaft auf die herrschende Gesellschaft.

Vgl. AktG §§ 304, 305; Europ. Ges. Art. 228-231;
franz.E. Art. 14 - 23

VIII

1. Die Mitgliedstaaten sehen die Prüfung der der Ziff.VII entsprechenden Angemessenheit der Angebote des herrschenden Unternehmens durch einen oder mehrere von der abhängigen konzernverbundenen Gesellschaft zu bestellende unabhängige Sachverständige vor, welche über das Ergebnis der Prüfung der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen schriftlich zu berichten haben.
2. Es ist sicherzustellen, daß der oder die Prüfer, soweit die ordnungsmäßige Prüfung es erfordert, gegenüber dem herrschenden Unternehmen zur Einsichtnahme in die Bücher und Schriften und zu allen erforderlichen Informationen berechtigt sind.
3. Sicherzustellen ist ferner das Recht der außenstehenden Gesellschafter, Bei Besorgnis der Befangenheit eines Prüfers dessen Abberufung und Ersetzung durch das Gericht zu erwirken.

Vgl. Europ.Ges. Art. 232, 233

IX

Nach Eingang des Berichts der Prüfer hat die abhängige Gesellschaft die Gesellschafterversammlung zur Beschlußfassung über das Angebot einzuberufen.

Gleichzeitig mit der Einberufung ist das Angebot des herrschenden Unternehmens zu veröffentlichen und der schriftliche Prüfungsbericht zur Einsichtnahme der Gesellschafter auszulegen.

Vgl. Europ.Ges. Art. 234

X.

1. Bei der Beschlußfassung haben nur die außenstehenden Gesellschafter das Stimmrecht. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gewähren hierbei das Stimmrecht.
2. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen.
3. Über den angebotenen Umtausch der Aktien bzw. über die Barabfindung und über die angebotene Ausgleichszahlung ist getrennt zu beschliessen.
Vgl. Europ.Ges. Art. 235

XI

Der Beschluß ist in dem in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 68/151 EWG bestimmten Amtsblatt und in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen.

Mit der Veröffentlichung beginnt die Ausübung des Wahlrechts der außenstehenden Gesellschafter, für welches eine Frist von mindestens 2 Monaten vorzusehen ist.

XII

1. a) Kommt ein Beschluß gemäß Ziff. X Abs. 3 nicht zustande, dann erfolgt die Festsetzung des Umtauschverhältnisses bzw. der Barabfindung oder der Ausgleichszahlung auf Antrag durch das Gericht.
[b) Das Gericht kann die außenstehenden Gesellschafter im Vergleich mit dem Angebot des herrschenden Unternehmens nicht schlechter stellen.]
c) Die gerichtliche Festsetzung ist wirksam für alle außenstehenden Gesellschafter.
2. Der Antrag auf gerichtliche Feststellung kann von dem herrschenden Unternehmen, von der abhängigen Gesellschaft und von jedem außenstehenden Gesellschafter gestellt werden.
3. Die gerichtliche Feststellung ist zu veröffentlichen.
Vgl. Europ.Ges. Art. 236

XIII

Die abhängige Gesellschaft veranlaßt die Registrierung ihrer Konzernverbundenheit mit dem herrschenden Unternehmen.

Hat das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Bereich der Mitgliedsstaaten, dann veranlaßt das für die abhängige Gesellschaft zuständige Register auch die Eintragung der Konzernverbundenheit im Register des herrschenden Unternehmens.

Vgl. Europ.Ges. Art. 226; franz.E. Art. 11

XIV

Sind an der abhängigen Gesellschaft außenstehende Gesellschafter beteiligt, dann hat das herrschende Unternehmen jeden während der Konzernverbindung bei der abhängigen Gesellschaft entstehenden Jahresverlust auszugleichen, soweit er nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, welche während der Konzernverbindung in sie eingestellt worden sind.

Vgl. AktG § 302; franz.E. Art. 24

XV

[Das herrschende Unternehmen haftet für die Verbindlichkeiten der abhängigen konzernverbundenen Gesellschaft gesamtschuldnerisch. Das herrschende Unternehmen kann jedoch erst in Anspruch genommen werden, nachdem der Gläubiger nachweisbar vergeblich versucht hat, Befriedigung wegen seiner Forderung bei der abhängigen Gesellschaft zu erlangen.]

Vgl. Europ.Ges. Art. 239; franz.E. Art. 25

XVI

Leistungen konzernverbundener Unternehmen untereinander (Leistungen der abhängigen konzernverbundenen Gesellschaften an das herrschende Unternehmen), welche nach Gewährung der in Ziff. VII genannten Garantien erfolgen, gelten nicht als Verstöße gegen die nationalen Vorschriften (und gegen die Vorschriften der zweiten Richtlinie) über die Erhaltung und Bindung des Gesellschaftskapitals.

Vgl. AktG § 291 Abs. 3

XVII

1. Die Mitglieder des Verwaltungsorgans des herrschenden Unternehmens haften vom Zeitpunkt der Gewährung der in Ziff. VII vorgesehenen

Garantien an gegenüber der mit dem herrschenden Unternehmen konzernverbundenen abhängigen Gesellschaft, an welcher außenstehende Gesellschafter beteiligt sind, für Sorgfalt bei Ausübung der einheitlichen Leitung.

2. Der Anspruch der abhängigen Gesellschaft auf Schadensersatz wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht des herrschenden Unternehmens kann auch von den außenstehenden Gesellschaftern geltend gemacht werden. Er kann auch von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.

Vgl. AktG § 309

XVIII

Vom Zeitpunkt der Gewährung der nach Ziff. VII anzubietenden Garantien sind die Mitglieder des Verwaltungsorgans der abhängigen Gesellschaft dieser gegenüber nicht verantwortlich für sachgemäß vollzogene Maßnahmen oder für Unterlassungen, welche von dem herrschenden Unternehmen veranlaßt worden sind.

Ihnen obliegt der Beweis der Veranlassung durch das herrschende Unternehmen.

Vgl. AktG § 310 Abs. 3; Europ.Ges. Art. 240

XIX

1. Die Konzernverbundenheit endet, wenn sie durch schriftliche Erklärung für beendet erklärt wird.
2. Sie kann vom herrschenden Unternehmen für beendet erklärt werden
 - a) nach Wegfall der Abhängigkeit der konzernverbundenen Gesellschaft von dem herrschenden Unternehmen;
 - b) wenn im Falle gerichtlicher Festsetzung der Ausgleichszahlung die zu leistende Zahlung gegenüber dem Angebot des herrschenden Unternehmens erhöht wird.
3. Sie kann von der abhängigen Gesellschaft für beendet erklärt werden
 - a) wenn das herrschende Unternehmen voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, die ihm gemäß Ziff. VII Abs. 3 a und Ziff. XIV obliegenden Leistungen zu erfüllen;
 - [b) wenn infolge anhaltender Steigerung des Ertrags des herrschenden Unternehmens die nach Ziff. VII Abs. 3 a zu leistende Ausgleichszahlung nicht mehr angemessen ist.]
4. Die Beendigung der Konzernverbindung ist im Register einzutragen und von der abhängigen Gesellschaft gemäß Ziff. XI Abs. 1 bekannt

zu machen.

5. Die Anwendbarkeit der Ziff. XVII wird von der Beendigung der Konzernverbindung nicht berührt.

Vgl. AktG §§ 296, 297, 304 Abs. 3; in Europ. Ges. und franz. E. fehlt eine Regelung.

XX

1. Bei Beendigung der Konzernverbindung hat das herrschende Unternehmen den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft, deren Forderungen vor der Bekanntmachung gemäß Ziff. XIX Abs. 4 begründet worden sind, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung zu diesem Zwecke melden. In der Bekanntmachung gemäß Ziff. XIX Abs. 4 sind die Gläubiger auf dieses Recht hinzuweisen.
2. Die dem herrschenden Unternehmen aus Ziff. XIV obliegenden Leistungen sind bei Beendigung der Konzernverbindung in jedem Falle fällig.

[Die Vorschrift entfällt bei Bestehen solidarischer Haftung gemäß Ziff. XV]

XXI

Auf bestehende faktische Konzerne kommen die Ziff. VI bis XX spätestens nach Ablauf von zwei Jahren zur Anwendung.

XXII

Die Mitgliedstaaten sehen vor,

a) daß durch die Vereinigung sämtlicher Anteile an einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Hand eines Unternehmens der Bestand der Gesellschaft nicht berührt wird;

[b) daß im Falle des Konkurses der im Alleinbesitz eines Unternehmens stehenden AG oder GmbH das herrschende Unternehmen den Gläubigern dieser Gesellschaft solidarisch haftet.]

Europ. Ges. Art. 223 Abs. 3

XXIII

Wenn ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, an welcher außenstehende Gesellschafter beteiligt sind, ohne die Garantien nach Ziff. VII und Ziff. XIV zu gewähren, außerhalb der Gesellschafterversammlung vorsätzlich zu einer diese Gesellschaft schädigenden Handlung oder Unterlassung veranlaßt, ist es dieser Gesellschaft zu Schadensersatz verpflichtet.

Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, welche die schädigende Maßnahme oder Unterlassung veranlaßt haben, haften solidarisch mit dem herrschenden Unternehmen.

Der Ersatzanspruch kann auch von den außenstehenden Gesellschaftern geltend gemacht werden. Er kann auch von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

Vgl. AktG § 117

XXIV

Ein oder mehrere außenstehende Gesellschafter, welche 5 % der Anteile der abhängigen Gesellschaft besitzen, sind bei begründeter Annahme, daß das herrschende Unternehmen einen die Gesellschaft schädigenden Einfluß gemäß Ziff. XXIII ausgeübt hat, berechtigt, bei Gericht die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen. Der Prüfungsbericht ist zur Einsichtnahme aller außenstehender Gesellschafter auszulegen.

Vgl. AktG § 315

- B -

Unternehmensverträge

1. Wie oben II, 4 (S. 32) ausgeführt, gestattet das deutsche Recht im Konzern die Ausübung der einheitlichen Leitung unter möglicher Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen nur dann, wenn die abhängige Gesellschaft mit dem herrschenden Unternehmen einen **B e h e r r s c h u n g s v e r t r a g** geschlossen hat (AktG §§ 291, 308).
 - a) Durch den Beherrschungsvertrag - im franz. B. "contrat d'affiliation" genannt - unterstellt eine AG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen. Ein solcher Vertrag kommt in aller Regel nur zustande, wenn die sich unterwerfende Gesellschaft sich bereits faktisch in einer auf Beteiligung des anderen Unternehmens beruhenden Abhängigkeit von demselben befindet. In solchen Fällen wird bereits in diesem Stadium die oben in den Ziff. I ff (S. 40 ff) vorgeschlagene Regelung anzuwenden sein. Der Beherrschungsvertrag setzt indessen eine Abhängigkeit nicht voraus und begründet sie alsdann im Sinne der Ziffer 2 c Seite 16; zugleich begründet er unwiderleglich eine Konzernverbindung (AktG § 18 Abs. 1 Satz 2). Im Beherrschungsvertrag sind die oben Ziff. VII (S. 41) genannten Garantien für die außenstehenden Gesellschafter enthalten, welche bei Unangemessenheit durch das Gericht festgesetzt werden können (AktG §§ 304 - 306). Das herrschende Unternehmen kann deshalb bei Genehmigung dieses Vertrages durch die Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft (AktG § 293) sein Stimmrecht ausüben .

Den Mitgliedstaaten wird die Übernahme dieses Vertrages nicht auferlegt. Falls ein Mitgliedstaat sich jedoch zur Übernahme entschließt, soll durch Ziffer I (S. 49) Gleichwertigkeit erreicht werden.

- b) Das deutsche Recht kennt ferner den Gewinnabführungsvertrag, durch welche eine AG sich zur Abführung ihres gesamten Gewinnes an ein anderes (das herrschende) Unternehmen verpflichtet (AktG § 291). Als Gewinnabführungsvertrag gilt auch ein Vertrag, durch welchen eine AG sich verpflichtet, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu betreiben (AktG § 291 Abs. 1 Satz 2). Dieser Vertrag hat große Bedeutung im Steuerrecht. Er ist nach § 7 a Körperschaftssteuergesetz vom 13.10. 69 (BGBl I, 1869) Voraussetzung für die steuerliche Organschaft (fusion fiscale). Der abgeführte Gewinn wird nur von dem herrschenden Unternehmen zusammen mit seinem eigenen Jahresergebnis versteuert. In dem Bericht der Bundesregierung über die Enquête betr. die Konzentration in der Wirtschaft ¹⁾ ist gesagt: "Der Zahl nach weit überwiegend sind die Organschaftsverträge, welche auf der Grundlage des Steuerrechts entwickelt worden sind und deren Abschluß aus steuerlichen Gründen erfolgt".

Den Mitgliedstaaten soll auch nicht die Übernahme dieses Vertrages auferlegt werden. Eine Veranlassung zur Einführung desselben in die nationalen Rechte könnte sich jedoch ergeben, wenn die steuerliche Organschaft im Bereich der Gemeinschaften anerkannt wird.

Bei diesem Vertrag sind den außenstehenden Gesellschaftern nicht nur dieselben Garantien zu gewähren wie im Konzern, sondern es ist auch erforderlich, jenen Betrag gesetzlich zu bestimmen, der höchstens als Gewinn abgeführt werden darf, um eine finanzielle Aushöhlung der Gesellschaft auszuschließen (AktG §§ 301, 304, 305). Dem entspricht Ziff. II (unten S. 49).

2. Es gibt noch andere Verträge, welche in der Praxis der Gemeinschaften eine große Bedeutung haben und bei denen eine minimale

1) Bundestags-Drucksache zu IV/2320 vom 9.10.1964 S. 581

Harmonisierung erforderlich ist, da diese Verträge eine Veränderung im Leben der Gesellschaft bewirken. Dieses ist der Fall, wenn die Gesellschaft ihr Unternehmen nicht mehr selbst betreibt, sondern es verpachtet; dasselbe gilt, wenn die Gesellschaft ihr Unternehmen nicht mehr für gemeinsame Rechnung ihrer Aktionäre betreibt, sondern ihren Gewinn mit dem Gewinn eines anderen Unternehmens poolt; ebenso, wenn die Gesellschaft ohne Fusion ihr gesamtes Vermögen veräußert.

Der Abschluß solcher Verträge kann nicht dem Ermessen des Geschäftsführungsorgans der Gesellschaft überlassen werden, sondern er bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung durch die Hauptversammlung (vgl. AktG §§ 292, 293; Europ. Ges. Art. 83)

Dem entspricht Ziff. III (S. 49).

3. Es wird vorgeschlagen:

- I -

Falls die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechten die Gründung eines Konzerns durch Vertrag (Beherrschungsvertrag, contrat d'affiliation) vorsehen, durch welche eine Aktiengesellschaft sich der Leitung durch ein anderes Unternehmen unterstellt, ist für den Fall, daß an der Gesellschaft außenstehende Aktionäre beteiligt sind, mindestens sicherzustellen

- a) daß der Vertrag der Genehmigung durch die Hauptversammlung der sich unterwerfenden Gesellschaft mit qualifizierter Mehrheit bedarf und erst mit Eintragung im Register wirksam wird;
- b) daß mit diesem Vertrag zugunsten der außenstehenden Aktionäre mindestens die in Ziff. VII (oben S. 41) vorgeschriebenen Garantien verbunden werden;
- c) daß jeder außenstehende Aktionär die Festsetzung dieser Garantien durch das Gericht beantragen kann;
- d) daß die Ziff. XIV, XVII und XX (oben S. 44 und 46) zur Anwendung kommen.

- II -

Falls die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechten Verträge vorsehen, durch welche eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen, ist, wenn an der Gesellschaft außenstehende Gesellschafter beteiligt sind, mindestens sicherzustellen,

- a) daß der Vertrag der Genehmigung der Gesellschafterversammlung der sich verpflichtenden Gesellschaft mit qualifizierter Mehrheit bedarf und erst mit Eintragung im Register wirksam wird;
- b) daß mit diesem Vertrag zugunsten der außenstehenden Gesellschafter mindestens die in Ziff. VII (S. 41) vorgeschriebenen Garantien verbunden werden;
- c) daß jeder außenstehende Gesellschafter die Festsetzung dieser Garantien durch das Gericht beantragen kann;
- d) daß Ziff. XIV (S. 44) zur Anwendung kommt;
- e) daß als Gewinn höchstens abgeführt werden darf der ohne die Gewinnabführung entstehende Jahresüberschuß, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist. Den freien Rücklagen können nur jene Beträge entnommen und als Gewinn abgeführt werden, welche während der Dauer des Vertrages in die freie Rücklage eingestellt worden sind.

- III -

Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß Verträge, durch welche eine Gesellschaft sich verpflichtet,

- a) ihren Gewinn oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder teilweise mit dem Gewinn anderer Unternehmen oder einzelner Betriebe derselben zu poolen,
 - b) ihr Unternehmen an einen anderen zu verpachten oder sonst zu überlassen,
 - c) ihr gesamtes Vermögen, außer in den Fällen der Fusion oder der Umwandlung zu veräußern,
- zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Zustimmung durch die Hauptversammlung der sich verpflichtenden Gesellschaft und der Registrierung dieser Verträge bedürfen.

Der Beschluß bedarf mindestens einer Mehrheit, welche gesetzlich für Satzungsänderungen vorgeschrieben ist.